



**Pacto Internacional
de Derechos Civiles
y Políticos**

Distr.
RESERVADA*

CCPR/C/79/D/1069/2002
6 de noviembre de 2003

ESPAÑOL
Original: INGLÉS

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS
79º período de sesiones
20 de octubre a 7 de noviembre de 2003

DICTAMEN

Comunicación N° 1069/2002

<i>Presentada por:</i>	Sr. Ali Aqsar Bakhtiyari y Sra. Roqaiha Bakhtiyari (representados por el Sr. Nicholas Poynder, abogado)
<i>Presuntas víctimas:</i>	Los autores y sus cinco hijos, Almadar, Mentazer, Neqeina, Sameina y Amina Bakhtiyari
<i>Estado Parte:</i>	Australia
<i>Fecha de la comunicación:</i>	25 de marzo de 2002 (comunicación inicial)
<i>Referencias:</i>	Decisión del Relator Especial con arreglo a los artículos 86 y 91 del reglamento, transmitida al Estado Parte el 27 de marzo de 2002 (no publicada como documento)
<i>Fecha de aprobación del dictamen:</i>	29 de octubre de 2003

El 28 de octubre de 2003 el Comité de Derechos Humanos aprobó su dictamen, a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo respecto de la comunicación N° 1069/2002. El texto del dictamen figura en el anexo del presente documento.

[Anexo]

* Se divulga por decisión del Comité de Derechos Humanos.

Anexo

**DICTAMEN DEL COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS EMITIDO A TENOR
DEL PÁRRAFO 4 DEL ARTÍCULO 5 DEL PROTOCOLO FACULTATIVO
DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS
-79º PERÍODO DE SESIONES-**

respecto de la

Comunicación N° 1069/2002*

Presentada por: Sr. Ali Aqsar Bakhtiyari y Sra. Roqaiha Bakhtiyari
(representados por el Sr. Nicholas Poynder, abogado)

Presuntas víctimas: Los autores y sus cinco hijos, Almadar, Mentazer, Neqeina,
Sameina y Amina Bakhtiyari

Estado Parte: Australia

Fecha de la comunicación: 25 de marzo de 2002 (comunicación inicial)

El Comité de Derechos Humanos, creado en virtud del artículo 28 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Reunido el 29 de octubre de 2003,

Habiendo concluido el examen de la comunicación N° 1069/2002, presentada al Comité de Derechos Humanos por el Sr. Bakhtiyari y otros con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

Habiendo tenido en cuenta toda la información que le han presentado por escrito el autor de la comunicación y el Estado Parte,

Aprueba el siguiente:

* Los siguientes miembros del Comité participaron en el examen de la presente comunicación: Sr. Abdelfattah Amor, Sr. Nisuke Ando, Sr. Prafullachandra Natwarlal Bhagwati, Sr. Alfredo Castillero Hoyos, Sr. Franco Depasquale, Sr. Maurice Glèlè Ahanhanzo, Sr. Walter Kälin, Sr. Ahmed Tawfik Khalil, Sr. Rajsoomer Lallah, Sr. Rafael Rivas Posada, Sir Nigel Rodley, Sr. Martin Scheinin, Sr. Hipólito Solari Yrigoyen, Sra. Ruth Wedgwood, Sr. Roman Wieruszewski y Sr. Maxwell Yalden.

Conforme al artículo 85 del reglamento del Comité, el Sr. Ivan Shearer no participó en el examen del caso.

Se anexa al presente documento el texto del voto particular firmado por Sir Nigel Rodley, miembro del Comité.

Dictamen a tenor del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo

1.1. Los autores de la comunicación, inicialmente de fecha 25 de marzo de 2002, son Ali Aqsar Bakhtiyari, presuntamente nacional del Afganistán y nacido el 1º de enero de 1957, su esposa Roqaiha Bakhtiyari, presuntamente nacional del Afganistán y nacida en 1968, y sus cinco hijos, Almadar Hoseen, Mentazer Medi, Neqeina Zahra, Sameina Zahra y Amina Zahra, todos presuntamente nacionales del Afganistán y nacidos en 1989, 1991, 1993, 1995 y 1998 respectivamente. En el momento de presentarse la comunicación, el Sr. Bakhtiyari residía en Sidney (Australia), mientras que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos se encontraban reclusos en el centro de detención de inmigrantes de Woomera, en Australia Meridional. Los autores afirman haber sido víctimas de violaciones por parte de Australia del artículo 7, los párrafos 1 y 4 del artículo 9, el artículo 17, el párrafo 1 del artículo 23 y el párrafo 1 del artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Los autores están representados por un abogado.

1.2. El 27 de marzo de 2002 el Comité, por conducto de su Relator Especial sobre nuevas comunicaciones y en cumplimiento del artículo 86 de su reglamento, pidió al Estado Parte que suspendiera la expulsión de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos hasta que el Comité hubiera tenido la oportunidad de examinar las denuncias que éstos habían presentado a tenor del Pacto, en caso de que el Ministro de Inmigración adoptara una decisión negativa sobre su solicitud de octubre de 2001 en que le pedían que, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, les permitiera permanecer en Australia. A raíz de la decisión negativa del Ministro y de la notificación de que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos habían apelado ante el Tribunal Supremo de Australia, el 13 de mayo de 2002 el Relator Especial sobre nuevas comunicaciones supeditó su solicitud de suspensión de la expulsión a una decisión negativa del Tribunal Supremo sobre la apelación.

Los hechos expuestos por los autores

2.1. En marzo de 1998 el Sr. Bakhtiyari salió del Afganistán rumbo al Pakistán, donde posteriormente su esposa, sus cinco hijos y el hermano de la Sra. Bakhtiyari se reunieron con él. En lugar de hacer entrar ilegalmente en Alemania al Sr. Bakhtiyari como éste creía, un traficante no identificado le hizo pasar ilegalmente por Indonesia a Australia, donde perdió contacto con su esposa, hijos y cuñado. El 22 de octubre de 1999 entró ilegalmente en Australia en una embarcación. A su llegada fue recluso en el centro de detención de inmigrantes de Port Hedland. El 29 de mayo de 2000 presentó una solicitud de visado de asilo. El 3 de agosto de 2000 se le concedió un visado de asilo por tener la nacionalidad afgana y pertenecer a la etnia hazara.

2.2. Sin que, según parece, lo supiera el Sr. Bakhtiyari, el mismo traficante también llevó posteriormente a la Sra. Bakhtiyari, a sus hijos y al hermano de ésta a Australia, país en que entraron ilegalmente en una embarcación el 1º de enero de 2001, siendo trasladados al centro de detención de inmigrantes de Woomera. El 21 de febrero de 2001 solicitaron un visado de asilo que fue denegado por un delegado del Ministro de Inmigración y Asuntos Multiculturales e Indígenas ("el Ministro") el 22 de mayo de 2001, basándose en que el análisis lingüístico llevado a cabo hacía pensar que la Sra. Bakhtiyari era pakistaní y no afgana, como ella afirmaba, y en que no supo dar respuestas satisfactorias a diversas preguntas sobre el Afganistán. El 26 de julio de 2001, el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio ("RRT") desestimó la solicitud de los autores de que se revisara la denegación del visado. Este tribunal aceptó el hecho de que la Sra. Bakhtiyari perteneciera a la etnia hazara, pero no quedó convencido de que tuviera

nacionalidad afgana, habida cuenta de su "poca credibilidad" y de sus declaraciones "inverosímiles" y "contradictorias".

2.3. Algún tiempo después de julio de 2001, un recluso de la etnia hazara que había sido puesto en libertad del centro de detención de Woomera contó al Sr. Bakhtiyari que su esposa e hijos estaban en Australia recluidos en Woomera. El 6 de agosto de 2001 el Departamento de Inmigración y Asuntos Multiculturales e Indígenas ("el Departamento"), siguiendo el procedimiento habitual vigente cuando no prospera una apelación ante el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio, evaluó el caso a la luz de las directrices del Ministerio sobre el interés público¹, conforme a las cuales se examinan las obligaciones internacionales, en particular las previstas en el Pacto. Se decidió que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos no cumplían los requisitos establecidos en esas directrices. En octubre de 2001 la Sra. Bakhtiyari solicitó al Ministro de Inmigración que, en el ejercicio de las facultades discrecionales que le confería el artículo 417 de la Ley de migración y en aras del interés público, reemplazara la decisión del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio por una decisión más favorable, basándose en que eran miembros de la familia del Sr. Bakhtiyari.

2.4. En un incidente ampliamente divulgado acaecido el 26 de enero de 2002, el hermano de la Sra. Bakhtiyari se autolesionó deliberadamente en el centro de Woomera para atraer la atención sobre la situación de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos. El 25 de marzo de 2002 se presentó esta comunicación ante el Comité de Derechos Humanos.

2.5. El 2 de abril de 2002 el Ministro se negó a ejercer sus facultades discrecionales en favor de la Sra. Bakhtiyari. El 8 de abril de 2002 se presentó una solicitud ante el Tribunal Supremo de Australia en el marco de sus competencias constitucionales originales de revisar las decisiones de los funcionarios públicos. En la solicitud se impugnaban: i) la decisión del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio, aduciendo que éste debería haber tenido en cuenta el hecho de que el Sr. Bakhtiyari tenía un visado de asilo; y ii) la decisión del Ministro adoptada a tenor del artículo 417 de la Ley de migración. En la solicitud se pedía que el Ministro concediera un visado a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos dado que ya le había sido concedido al Sr. Bakhtiyari.

2.6. El 12 de abril de 2002, habiendo sido informado de que el Sr. Bakhtiyari no era agricultor afgano como él había sostenido, sino fontanero y electricista, y que provenía de Quetta (Pakistán), el Departamento de Inmigración y Asuntos Multiculturales e Indígenas ("el Departamento") le comunicó que se iba a examinar la anulación de su visado y le brindó la posibilidad de formular observaciones sobre los motivos aducidos. El 26 de abril de 2002 la Sra. Bakhtiyari volvió a presentar al Ministro una solicitud en virtud del artículo 417 de la

¹ En estas directrices, facilitadas por los autores, se dice que pueden plantearse cuestiones de "interés público" en varias circunstancias como, por ejemplo, cuando es posible que surjan amenazas importantes para la seguridad de las personas, los derechos humanos o la dignidad humana al regresar al país de origen, o cuando existe una situación que puede conducir al examen de las obligaciones contraídas por el Estado Parte con arreglo al Pacto, la Convención sobre los Derechos del Niño o la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes o cuando la legislación ha tenido consecuencias no deseadas pero especialmente injustas o descabelladas.

Ley de migración, pero fue informada de que normalmente no se sometían esas cuestiones al Ministro mientras el asunto todavía estaba *sub judice*.

2.7. El 11 de junio de 2002 el Tribunal Supremo dictó una orden provisional en relación con la solicitud de la Sra. Bakhtiyari y sus hijos por considerar que se había presentado un caso con fundamento. El 27 de junio de 2002 unos 30 reclusos, entre los que se encontraban los hijos mayores de la Sra. Bakhtiyari, Almadar y Mentazer, se fugaron del centro de Woomera. El 16 de julio de 2002 la Sra. Bakhtiyari volvió a presentar al Ministro una solicitud en virtud del artículo 417 de la Ley de migración, pero fue informada una vez más de que normalmente no se sometían esas cuestiones al Ministro mientras el asunto todavía estaba *sub judice*. El 18 de julio de 2002 los dos muchachos que se habían fugado se entregaron en el Consulado del Reino Unido en Melbourne (Australia) y solicitaron asilo. Su solicitud fue denegada y se los devolvió al centro de Woomera.

2.8. El 2 de agosto de 2002 se presentó una solicitud ante el Tribunal de Familia de Adelaida en nombre de Almadar y Montazer, en la que se pedía que se dictaran las órdenes necesarias contra el Ministro en virtud del artículo 67ZC de la Ley de familia de 1975² para poner en libertad a los muchachos y para que fueran reconocidos por un psicólogo.

2.9. El 30 de agosto de 2002, a raíz de que el Sr. Bakhtiyari iniciara actuaciones judiciales para obligar al Departamento a que le facilitaran los detalles del presunto fraude que había cometido en relación con el visado, el Departamento le comunicó que había obtenido información adicional sobre su identidad y nacionalidad, incluida una solicitud presentada por él en 1975 de documentos de identidad pakistaníes, y documentos de 1973 y 1982 para inscribir a su familia en el registro, en los que figuraban su lugar de nacimiento, ciudadanía y residencia permanente como pakistaní. En la carta también se hacía referencia a artículos de prensa de investigación publicados en los periódicos australianos de mayor tirada y escritos por periodistas que no pudieron encontrar a nadie de la región afgana de la que el autor afirmaba provenir que le conociera, ni ninguna otra prueba de que hubiera vivido allí. El 20 de septiembre de 2002 el Sr. Bakhtiyari respondió a esas cuestiones.

2.10. El 9 de octubre de 2002 el Tribunal de Familia (Dawe J) rechazó la solicitud que se le había presentado por considerar que carecía de competencia para dictar órdenes respecto de niños reclusos en centros de inmigración. El 5 de diciembre de 2002 se anuló el visado de asilo del Sr. Bakhtiyari, que fue recluido en el centro de detención de inmigrantes de Villawood, Sydney. El mismo día presentó una solicitud de revisión de esta decisión ante el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio, así como una solicitud de visado transitorio ante el Departamento

² En el artículo 67ZC se estipula lo siguiente:

- "1) Además de la jurisdicción que la presente Sección confiere a un tribunal en relación con los niños, éste también tiene jurisdicción para dictar órdenes relativas al bienestar de los mismos.
- 2) Al decidir si dictará una orden relativa a un niño a tenor del párrafo 1) del presente artículo, el tribunal debe tener presente que el interés superior del niño es la consideración primordial."

para que lo pusieran en libertad en espera de la resolución del proceso incoado ante dicho Tribunal. El 9 de diciembre de 2002 un delegado del Ministro denegó la solicitud de visado transitorio. El 18 diciembre de 2002 el Tribunal de Revisión de Migración ratificó la decisión de denegar dicho visado.

2.11. Tras los daños sufridos por el centro de Woomera a principios de enero de 2003, la Sra. Bakhtiyari y sus hijos fueron trasladados al recién estrenado centro de detención de inmigrantes de Baxter, cerca de Port Augusta. Después de rechazarse las impugnaciones presentadas contra su traslado ante el Tribunal Federal, el 13 enero de 2003 el Sr. Bakhtiyari fue trasladado de Villawood al centro de Baxter para que pudiera reunirse con su mujer y sus hijos.

2.12. El 4 de febrero de 2003, el Tribunal Supremo, por mayoría de cinco jueces contra dos, denegó la solicitud de visado de asilo presentada por la Sra. Bakhtiyari y sus hijos basándose en la situación jurídica del Sr. Bakhtiyari. El Tribunal concluyó que, como el Ministro no estaba obligado a tomar una nueva decisión, no serviría de nada anular la que ya había adoptado; en cualquier caso, esa decisión no era ilegal, inapropiada ni constituía un error jurisdiccional. De la misma manera, la decisión del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio sobre su apelación no constituía un error jurisdiccional.

2.13. El 4 de marzo de 2003 el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio confirmó la decisión de anulación del visado de asilo del Sr. Bakhtiyari. El 22 de mayo de 2003 el Tribunal Federal (Selway J) desestimó la solicitud de revisión judicial de la decisión del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio presentada por el autor, si bien estimó que la conclusión a la que llegó este tribunal podría ser objeto de revisión a tenor de las pruebas aportadas. El autor presentó una apelación contra esta decisión ante el Pleno del Tribunal Federal.

2.14. El 19 de junio de 2003 el Pleno del Tribunal de Familia decidió por mayoría que el Tribunal era competente para dictar órdenes contra el Ministro, incluso de puesta en libertad, si ello correspondía al interés superior del niño. Por consiguiente se remitió el caso para su vista con carácter urgente respecto de las órdenes que serían apropiadas en las circunstancias concretas de los niños. El 8 de julio de 2003 el Pleno del Tribunal de Familia autorizó al Ministro a apelar ante el Tribunal Supremo pero desestimó su solicitud de que se suspendiera la orden de celebrar una nueva vista con carácter urgente. El 5 de agosto de 2003 el Tribunal de Familia (Strickland J) desestimó una solicitud de socorro interlocutorio a efectos de que se pusiera en libertad a los niños antes de que se examinara la cuestión de determinar las órdenes finales que corresponderían al interés superior de los mismos. El 25 de agosto de 2003 el Pleno del Tribunal de Familia autorizó una apelación y ordenó la puesta en libertad de los niños en espera de que se llegara a una decisión definitiva respecto de la solicitud. La orden se cumplió el mismo día y desde entonces los niños residen en Adelaida con tutores.

2.15. El 30 de septiembre y el 1º de octubre de 2003 el Tribunal Supremo examinó la apelación del Ministro contra la decisión del Pleno del Tribunal de Familia de que éste era competente para dictar órdenes relativas al bienestar de los niños recluidos en centros de inmigración. El Tribunal se reservó su decisión.

La denuncia

3.1. Los autores afirman que el Estado Parte ha incumplido efectiva o potencialmente el artículo 7. Sostienen que, como se puso de manifiesto que el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio había cometido un error al concluir que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos no eran nacionales del Afganistán, serían enviados al Afganistán si fueran devueltos al Pakistán. En el Afganistán temen ser víctimas de torturas o tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Invocan la Observación general N° 20 del Comité sobre el artículo 7, así como la jurisprudencia del Comité³, al afirmar que el Estado Parte sería responsable del incumplimiento del artículo 7 si, como consecuencia necesaria y previsible de la expulsión, directa o indirecta, de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos al Afganistán, éstos fueran víctimas de tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

3.2. Los autores afirman que la reclusión prolongada de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos es contraria a lo dispuesto en los párrafos 1 y 4 del artículo 9 del Pacto. Indican que, en virtud del párrafo 1 del artículo 189 de la Ley de migración, se debe detener a su llegada a las personas que no son nacionales (como los autores) y se encuentran en situación ilegal. No se les puede poner en libertad salvo que se les expulse o conceda un permiso, y no está prevista la revisión administrativa o judicial de su reclusión. No se ha presentado ninguna justificación de su reclusión. En consecuencia, si se aplican los principios expuestos por el Comité en el caso *A. c. Australia*⁴, los autores consideran que su reclusión es contraria al Pacto y reclaman una indemnización adecuada.

3.3. Los autores afirman que la expulsión de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos vulneraría el artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 23. Comparan estas disposiciones con los artículos correspondientes (12 y 8) del Convenio Europeo de Derechos Humanos y consideran que los derechos del Pacto deben expresarse de manera más clara y menos restrictiva. En consecuencia, el derecho del individuo al respeto de la vida familiar prevalece sobre cualquier derecho de injerencia del Estado y, por consiguiente, el "ejercicio de equilibrio" y el "margen de apreciación" característicos de las decisiones de los órganos europeos tendrán menos importancia en los asuntos planteados con arreglo al Pacto. En este contexto, los autores invitan al Comité a adoptar el planteamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de ser restrictivos con los que intentan entrar en un Estado para formar una familia, pero más flexibles con los que no son ciudadanos y son miembros de familias que ya se encuentran en ese Estado⁵.

3.4. Conforme al Pacto, la expulsión de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos, que los separaría del Sr. Bakhtiyari, equivale a una injerencia en la familia. Aunque esta injerencia es legal, también debería ser razonable, según la Observación general N° 16 del Comité sobre el artículo 17, en las

³ *A. R. J. c. Australia*, caso N° 692/1996, dictamen aprobado el 11 de agosto de 1997, y *T. c. Australia*, caso N° 706/1996, dictamen aprobado el 4 de noviembre de 1997.

⁴ Caso N° 506/1993, dictamen aprobado el 4 de marzo de 1993.

⁵ Los autores se remiten a Lambert, H.: "The European Court of Human Rights and the Right of Refugees and Other Persons in Need of Protection to Family Reunion", (1999) 11 (3) *International Journal of Refugee Law* 427.

circunstancias particulares del caso. En opinión de los autores, enviar a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos al Afganistán mientras que el Sr. Bakhtiyari, de la etnia hazara, no puede volver con seguridad a ese país debido a la actual situación de incertidumbre resultaría arbitrario.

3.5. Por último, los autores sostienen que se ha violado lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 24, que debería interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño. No se ha justificado en absoluto la reclusión prolongada de los niños, lo que vulnera "claramente" el artículo 24. No se ha examinado si el hecho de haber pasado más de un año en un centro de reclusión aislado era mejor para ellos que haber sido puestos en libertad; la reclusión ha sido una medida de primera, y no de última, instancia. No se puede aceptar la respuesta de que se ha atendido el interés superior de los niños al enviarlos al centro en que se encontraba la Sra. Bakhtiyari, ya que tampoco se ha justificado la reclusión prolongada de ésta, y no existen motivos que podrían haber impedido ponerla en libertad con sus hijos en espera de que concluyeran las actuaciones pendientes sobre sus solicitudes de asilo. En cualquier caso, en el momento en que se supo que se había concedido un permiso al Sr. Bakhtiyari y que éste residía en Sidney se le debían haber entregado sus hijos.

3.6. En cuanto a las cuestiones de admisibilidad, los autores observan que, aunque la Sra. Bakhtiyari y sus hijos podrían haber solicitado ante el Tribunal Federal la revisión judicial de la decisión del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio por la que se confirmaba la denegación del visado de asilo, no lo hicieron porque no existía ningún error de derecho manifiesto que pudiera haber justificado la anulación de la decisión de ese tribunal, con lo que esa solicitud se habría presentado en vano. La decisión del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio se basó en un error de hecho, a saber, que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos no eran nacionales afganos. Según los autores, éste era un dato manifiestamente erróneo, ya que el Sr. Bakhtiyari, cosa que desconocía ese tribunal, había probado a las autoridades de inmigración del Estado Parte que en el momento de solicitar el visado de asilo *tenía* la nacionalidad afgana y, por lo tanto, derecho al asilo. No obstante, la legislación del Estado Parte establece claramente que los errores de hecho no son revisables en los tribunales⁶. En cualquier caso, el error de hecho sólo salió a la luz tras la expiración del plazo no prorrogable de 28 días para la presentación de solicitudes ante el Tribunal Federal.

3.7. Los autores sostienen que se podría haber presentado una solicitud ante el Tribunal Supremo en el marco de sus competencias originales de revisión de las decisiones de los funcionarios públicos, pero las perspectivas de éxito de esos procedimientos desaparecieron con la entrada en vigor, el 27 de septiembre de 2001, de la Ley de 2001 por la que se modificaba la Ley de migración (revisión judicial), en la que se dispone que las decisiones del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio son definitivas y firmes, y no pueden ser impugnadas, revisadas, anuladas, cuestionadas, ni se puede recurrir contra ellas, en otros tribunales. (Sobre esta cuestión, en una exposición posterior de 9 de abril de 2002, el abogado de los autores afirmó que no supo que existía la posibilidad de presentar un caso defendible ante el Tribunal Supremo, como de hecho se hizo más adelante tras recibirse asesoramiento jurídico adicional de otras fuentes. En vista de la falta de precedentes de la solicitud, existían "dudas considerables" en aquel momento sobre sus posibilidades de éxito.) Por otra parte, no se puede impugnar ni revisar

⁶ *Waterford c. el Commonwealth* (1987) 163 CLR 54.

en ningún tribunal la negativa del Ministro a ejercer sus facultades discrecionales en virtud del artículo 417 de la Ley de migración.

3.8. Los autores afirman que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglo internacional.

Solicitud ulterior de medidas cautelares de protección

4.1. El 8 de mayo de 2002 los autores proporcionaron al Comité un informe de un psicólogo, fechado el 2 de diciembre de 2001, un informe del Departamento de Servicios Humanos del Gobierno de Australia Meridional, de 23 de enero de 2002, y un informe de un monitor de jóvenes de la administración penitenciaria de Australia fechado el 24 de enero de 2002. En esos informes se determinaba que la detención inducía una profunda depresión en los niños y en los dos muchachos, Almadar y Mentazer. Se decía que se habían autolesionado en varias ocasiones, por ejemplo que los dos muchachos se cosieron los labios (Almadar en dos ocasiones), se hicieron cortes en los brazos (Almadar se grabó con un cuchillo la palabra "libertad" en el antebrazo), que habían dejado de comer, que su comportamiento era imprevisible y que sus dibujos reflejaban problemas emocionales. Además, los niños vieron que la Sra. Bakhtiyari se había cosido los labios. Debido a estas circunstancias el Departamento de Servicios Humanos recomendó encarecidamente que se evaluase la situación de la Sra. Bakhtiyari y de los niños *fuera* del centro de Woomera.

4.2. El 13 de mayo de 2002 el Comité, por conducto de su Relator Especial sobre nuevas comunicaciones, pidió al Estado Parte, en cumplimiento del artículo 86 de su reglamento, que le informase en un plazo de 30 días acerca de las medidas que hubiera adoptado atendiendo a las evaluaciones realizadas por instituciones especializadas del propio Estado Parte en las que se determinó que, debido a las lesiones que al menos dos de los niños se habían infligido, se debería evaluar la situación de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos fuera del centro de detención de Woomera para garantizar que no se produjera ese tipo de actos.

4.3. En su comunicación de 18 de junio de 2002 el Estado Parte respondió a la petición del Comité, indicando que se lleva a cabo un seguimiento puntual de la familia y que existen planes de atención individualizada y de gestión del caso que se revisan periódicamente. El Estado Parte señala que la calidad de la atención médica del centro Woomera es "muy alta", que comprende continuos reconocimientos efectuados por un médico generalista y por enfermeros, entre ellos uno especializado en psiquiatría, y que se dispone también de psicólogos, asesores, dentistas y un oculista. Existen varios servicios recreativos y educativos para el mantenimiento de la salud mental y el fomento del desarrollo individual.

4.4. Por lo que se refiere a la cuestión de la puesta en libertad, el Estado Parte no consideraba que esa medida fuese apropiada. Se estaba examinando detalladamente la situación de la familia, y el Ministro y el Departamento conocían sus circunstancias. El Estado Parte señaló que, de acuerdo con sus procedimientos, no estaba obligado a conceder protección a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos. Además, el Ministro examinó personalmente el caso teniendo en cuenta, entre otras cuestiones, las obligaciones del Estado Parte en virtud del Pacto y decidió que sustituir la decisión por otra más favorable no sería conforme al interés público. Además, dado que se estaba considerando la anulación del visado del Sr. Bakhtiyari por presunto fraude, no se consideraba conveniente poner en libertad a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos en ese momento.

4.5. Mediante carta de 8 de julio de 2002, los autores respondieron a las observaciones del Estado Parte a la petición del Comité y pusieron en tela de juicio que la calidad de la asistencia médica proporcionada fuera la que sostenía el Estado Parte. Se hacía referencia a las pruebas aportadas a la investigación nacional sobre la situación de los niños en los centros de detención de emigrantes que realizaba en aquel momento la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades, en la que varios departamentos estatales criticaban abiertamente la preparación del personal y la calidad de los servicios sanitarios, entre ellos los de salud mental, las necesidades de desarrollo, la higiene dental y la nutrición. Se criticó también la prestación de servicios de enseñanza, de preescolar en adelante, que eran muy inferiores a los que se proporcionaban a los niños australianos, así como el escaso acceso a los programas de esparcimiento⁷.

4.6. En lo que respecta al argumento del Estado Parte de que no se debía poner en libertad a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos dado que se había determinado que no existía obligación de concederles protección, los autores señalaron que el requisito de no detener arbitrariamente a una persona no dependía de la existencia de la obligación de proporcionar protección, sino, más bien, de que existiesen motivos de peso que justificasen la detención. En cualquier caso, seguían adelante los procedimientos judiciales para impugnar la decisión de no conceder un visado de asilo. Además, el principio de unidad familiar exigía que los autores, en tanto que personas a cargo del Sr. Bakhtiyari, a quien se había concedido un visado de asilo, fuesen puestos en libertad para estar con él. Por lo que se refiere a la medida de anular el visado del Sr. Bakhtiyari basándose en las alegaciones de que era del Pakistán y en los resultados de un análisis lingüístico del dialecto, el abogado indicó que el Estado Parte había rechazado las solicitudes que había presentado en repetidas ocasiones para consultar las alegaciones y el análisis y que se estaba intentando reunir esa información por vía judicial. Además, el análisis lingüístico efectuado por el especialista que había contratado el Sr. Bakhtiyari y las declaraciones de personas que lo conocieron en el Afganistán confirmaban su declaración inicial.

4.7. En su carta de 12 de septiembre de 2002, los autores presentaron al Comité un informe de evaluación fechado el 9 de agosto de 2002 del Departamento de Servicios Humanos (servicios para la familia y la juventud). Dicha evaluación fue solicitada por el Departamento de Inmigración y Asuntos Multiculturales e Indígenas para determinar las mejores condiciones de vida para la familia. En el informe se recomendaba, entre otras cosas, que se dejara en libertad a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos para evitar mayores daños sociales y emocionales a los niños, especialmente a los muchachos. Lo mejor sería que se realizase mediante la concesión de un visado provisional, aunque el traslado de toda la familia a una vivienda mejoraría también su situación. En caso de que la familia debiese permanecer en reclusión, se la debería trasladar al Centro de Villawood, en Sydney, para que estuviera más cerca del Sr. Bakhtiyari. Además, se deberían prestar más y mejores servicios sanitarios, educativos y recreativos y aumentar la atención para proteger y defender a los niños de situaciones peligrosas y traumáticas en el centro. Este informe se presentó a la Cámara de Representantes de Australia Meridional y el Primer Ministro pidió al Gobierno federal que respondiese y actuase de acuerdo con las recomendaciones.

⁷ Se pueden consultar estas comunicaciones en Internet en la siguiente dirección: www.hreoc.gov.au/human_rights/children_detention/index.html.

Exposición del Estado Parte sobre la admisibilidad y el fondo de la comunicación

5.1. En su comunicación de 7 de octubre de 2002, el Estado Parte impugna la admisibilidad y el fondo de la comunicación. En primer lugar, aduce que debe desestimarse toda la comunicación por no haberse agotado los recursos de la jurisdicción interna, puesto que en ese momento la acción judicial emprendida por los autores ante el Tribunal Supremo, que podría haberles otorgado plena reparación, seguía pendiente de decisión. Además, por lo que se refiere al artículo 9, el Estado Parte señala que el medio para que pudiera verificarse judicialmente la legalidad de cualquier detención, administrativa o de otro tipo, habría sido un procedimiento de hábeas corpus de conformidad con la Ley de la Constitución de 1901.

5.2. Por lo que se refiere a las denuncias en relación con el artículo 7, el Estado Parte aduce que este aspecto de la comunicación debería declararse inadmisibles por falta de pruebas suficientes. Los autores afirman simplemente, sin ninguna explicación, que si fuesen deportados al Pakistán serían enviados desde allí al Afganistán y correrían el riesgo de ser sometidos a tratos contrarios a lo previsto en el artículo 7.

5.3. En primer lugar, el Estado Parte señala que tanto la persona encargada de tomar la decisión en primera instancia como el Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio (RRT) llegaron a la conclusión de que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos no eran del Afganistán. Dicha persona señaló que la Sra. Bakhtiyari no sabía cuál era la moneda del Afganistán, ni conocía ninguna de las principales ciudades o aldeas que se encontraban cerca de la suya, ni los nombres de las provincias que rodeaban a su aldea o por las que había pasado al salir del país, ni podía decir el nombre de un río o una montaña que se encontrase cerca de su aldea. A la hora de establecer las conclusiones desfavorables relativas a la veracidad de lo expuesto por la Sra. Bakhtiyari, el encargado de adoptar la decisión tuvo explícitamente en cuenta la edad, el nivel de educación, el género y la experiencia vital para determinar los conocimientos que, de manera razonable, cabía esperar de esa persona, y tuvo en cuenta las limitaciones a las que se vio expuesta en tanto que mujer en un país musulmán. El RRT señaló también, entre otras cuestiones, que, según los resultados de los análisis idiomáticos, la Sra. Bakhtiyari tenía un claro acento pakistaní, desconocía cuál era la moneda afgana y los años del calendario afgano en que habían nacido sus hijos. Aunque no pudo proporcionar ninguna información sobre la ruta seguida desde el Afganistán a la persona encargada en primera instancia de adoptar la decisión, cuando su reclamación llegó al RRT su situación había, en palabras del RRT, "evolucionado considerablemente" y el tribunal consideró que era evidente que se había preparado durante los meses transcurridos.

5.4. El Estado Parte invita al Comité a que siga el planteamiento de fraude sobre la nacionalidad que adoptó en el caso *J. M. c. Jamaica*⁸, en el que el Estado Parte, en respuesta a una denuncia por denegación de pasaporte, presentó información que demostraba que el autor nunca había tenido ni la nacionalidad ni un pasaporte de Jamaica; además, el autor era incapaz de proporcionar la mínima información básica sobre ese país, a pesar de sostener que había vivido allí antes de perder su pasaporte. En consecuencia, el Comité determinó que el autor no había sido capaz de demostrar que era ciudadano de Jamaica y, por lo tanto, no había podido probar sus denuncias de violación del Pacto. En el presente caso, las dos instituciones encargadas de

⁸ Caso Nº 165/1984, decisión adoptada el 26 de marzo de 1986.

adoptar una decisión dictaminaron que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos no eran de nacionalidad afgana, y los autores no han presentado ninguna otra prueba que demuestre lo contrario; por lo tanto, no hay base para la alegación de que serían enviados al Afganistán si se los expulsara al Pakistán.

5.5. En segundo lugar, aun suponiendo que fueran afganos, no han probado, a efectos de la admisibilidad, que correrían el riesgo de ser sometidos a tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. La responsabilidad de demostrar ese riesgo recae sobre los autores. El Estado Parte señala que el ACNUR calcula que entre el 70 y el 80% del territorio del Afganistán es seguro para los repatriados, y nada hace pensar que la familia Bakhtiyari no se instalaría en esas zonas seguras. El ACNUR confirma también que se ha producido un cambio sustancial y positivo en la situación de los hazaras y que la discriminación contra ellos ha disminuido significativamente. En consecuencia, las denuncias en relación con el artículo 7 no se han fundamentado de manera suficiente.

5.6. Por otro lado, el Estado Parte aduce que las denuncias relativas al artículo 7 deben ser desestimadas al no haberse revelado una "injusticia real". Por ejemplo, en el caso *A. R. S. c. el Canadá*⁹ el Comité decidió que una comunicación era inadmisibles a tenor de los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo porque era simplemente hipotética. En el presente caso, dado que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos habían iniciado acciones judiciales ante el Tribunal Supremo y ante el Tribunal de Familia, no se había considerado la posibilidad de expulsarlos de Australia ni, en caso de que tal cosa ocurriera, se había determinado el país al que serían expulsados. Estas cuestiones se decidirán cuando terminen los procedimientos judiciales en curso. Por lo tanto, las alegaciones relativas al regreso al Afganistán y el consiguiente incumplimiento de las disposiciones del artículo 7 son hipotéticas e inadmisibles.

5.7. Por lo que respecta al fondo de la comunicación, el Estado Parte aduce que no se ha puesto de manifiesto ninguna violación del Pacto. En cuanto a las denuncias en relación con el artículo 7, el Estado Parte hace referencia a sus argumentos sobre la admisibilidad de esta denuncia y señala que, habiéndose comprobado que no son de nacionalidad afgana, no existen pruebas de que la Sra. Bakhtiyari y sus hijos serían enviados al Afganistán desde el Pakistán, y mucho menos de que corran el riesgo, como consecuencia necesaria y previsible, de ser sometidos en aquel país a tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes.

5.8. Tratándose de la denuncia en virtud del párrafo 1 del artículo 9, el Estado Parte considera que la detención es en todas circunstancias razonable y sigue estando justificada, dada la situación especial de la familia. La Sra. Bakhtiyari y sus hijos llegaron al país ilegalmente y tenían que ser detenidos de conformidad con la Ley de migración. Era conveniente que los niños permaneciesen con su madre en el centro de detención, en lugar de ser alojados en otros centros de acogida. El objetivo de la detención de las personas que llegan ilegalmente al país es garantizar que se puedan tramitar las solicitudes de asilo y efectuar los controles necesarios de identidad, seguridad, conducta y salud, así como llevar a cabo la expulsión en caso de que se rechacen las solicitudes de asilo. Estos objetivos reflejan el derecho soberano del Estado Parte de acuerdo con el derecho internacional para reglamentar la admisión de extranjeros, y,

⁹ Caso N° 91/1981, decisión adoptada el 28 de octubre de 1981.

consecuentemente, la detención no es injusta, inadecuada o indebida; por el contrario, guarda proporción con los objetivos señalados.

5.9. El Estado Parte subraya que se proporciona a los detenidos asesoramiento jurídico gratuito para solicitar los visados de asilo y que se han invertido recursos considerables a fin de que la tramitación de las solicitudes sea más rápida y, en consecuencia, el período de detención más corto. En el presente caso, las solicitudes se tramitaron rápidamente: la de la Sra. Bakhtiyari, efectuada el 21 de febrero de 2001, fue rechazada el 22 de mayo de 2001 por la persona encargada de tomar la decisión en primera instancia. El 26 de julio de 2001 se informó a la interesada de la decisión del RRT sobre su recurso. Acto seguido, el Ministro desestimó su solicitud de una medida discrecional de conformidad con el artículo 417 de la Ley de migración. En la situación actual esa ley exige que la Sra. Bakhtiyari sea expulsada tan pronto como sea "razonablemente factible". Sin embargo, dado que los autores presentaron una solicitud al Ministro y posteriormente emprendieron acciones judiciales, se han aplazado las medidas habituales relativas a la expulsión hasta que se adopte una decisión.

5.10. El Estado Parte rechaza la alegación de que los niños deberían haber sido puestos en libertad y bajo la tutela de su padre. En el momento de la presentación de las comunicaciones el visado del padre podía ser anulado por fraude, concretamente porque él era también de nacionalidad pakistaní, y el Departamento estaba estudiando su respuesta a la información incriminatoria. La anulación del visado conllevaría su detención en un centro de inmigrantes, y, por lo tanto, no se consideraba conveniente que los hijos estuviesen bajo su tutela.

5.11. Por lo que se refiere a la denuncia en virtud del párrafo 4 del artículo 9, el Estado Parte observa que el Comité dictaminó en el caso *A. c. Australia* que la detención arbitraria contraria a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9 se debería poder probar ante un tribunal. Sin embargo, el Estado Parte reitera su posición en respuesta al dictamen del Comité en el caso *A. c. Australia* de que en ninguna parte del Pacto se indica que la palabra "legal" signifique "legal conforme al derecho internacional" o "no arbitraria". Por lo demás, cuando en el Pacto se utilizan expresiones referidas a la legalidad se refieren claramente a la legislación nacional (arts. 9.1, 17.2, 18.3 y 22.2). Ni en las Observaciones generales del Comité ni en los *travaux préparatoires* del Pacto se sugiere esa idea. Si la aplicación del párrafo 4 del artículo 9 debiera trascender la legislación nacional, los encargados de elaborar el Pacto no habrían tenido más que añadir la palabra "arbitraria" o la expresión "en incumplimiento del Pacto". Al menos se podría haber esperado que esa interpretación amplia quedase reflejada en el debate y las discusiones que precedieron al acuerdo sobre el texto, pero los *travaux* muestran que este principio "suscitó pocas observaciones". En el presente caso, la presentación de un recurso de hábeas corpus ante el Tribunal Supremo, que puede ser financiado por la asistencia jurídica, da a los autores el derecho a impugnar la legalidad de su detención, lo que es coherente con el párrafo 4 del artículo 9. Aunque no han hecho uso de este derecho, no se puede decir que se les haya negado el recurso al mismo.

5.12. Por lo que se refiere a las denuncias en relación con el artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 23, el Estado Parte aduce, en primer lugar, que las "injerencias" se refieren a actos que hayan dado lugar a la separación *inevitable* de la familia. A este respecto, el Estado Parte considera que el voto particular de cuatro de los miembros del Comité en el caso

*Winata c. Australia*¹⁰, que afirmaron que "no es evidente, ni mucho menos, que las acciones de un Estado Parte que supongan cambios en la vida que la familia se ha forjado entrañen interferencia en la familia, cuando no hay ningún obstáculo a que se mantenga la unidad familiar", refleja correctamente la opinión imperante en el derecho internacional. En el caso que se está examinando, el Sr. Bakhtiyari es libre de abandonar el país con su esposa e hijos y si es necesario se le facilitarán los preparativos para el viaje. Si decide quedarse en el país, es una decisión que toma él, no el Estado Parte. Por lo tanto, el Estado Parte niega que en este caso, al aplicar sus leyes de inmigración, la unidad de la familia sea objeto de injerencias.

5.13. En cualquier caso, no toda injerencia es arbitraria. El Estado Parte rechaza que su legislación sobre expulsión de ciudadanos que se encuentren en situación ilegal se pueda calificar de arbitraria; de conformidad con el derecho internacional los extranjeros no tienen derecho a entrar, vivir y desplazarse libremente en un país y no ser expulsados¹¹. Las leyes son razonables y se basan en principios válidos de política pública, coherentes con la posición del Estado Parte en tanto que nación soberana que mantiene sus obligaciones internacionales, entre ellas las que emanan del Pacto. Las leyes son predecibles, puesto que se informa ampliamente sobre ellas, y se aplican de manera coherente y sin discriminación. Si estas leyes se aplican a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos será mediante su funcionamiento predecible y previsible, que se les ha explicado, tras haber agotado los procedimientos disponibles de solicitud y recurso que tienen debidamente en cuenta sus circunstancias individuales y las obligaciones de no devolución del Estado Parte.

5.14. En lo que respecta al párrafo 1 del artículo 23, el Estado Parte hace referencia al razonamiento de Nowak de que esta obligación requiere que el matrimonio y la familia sean considerados instituciones especiales en el derecho privado y protegidos contra la injerencia del Estado y de particulares¹². Existe todo un sistema federal de derecho de la familia que se complementa mediante leyes que protegen rigurosamente al niño en los Estados y territorios y que están respaldadas por los departamentos, las dependencias especializadas y los servicios de policía del Estado y los territorios. Estas leyes se aplican a las personas que se encuentran en los centros de detención de inmigrantes (salvo en casos incompatibles con la legislación federal). El Estado ha elaborado programas y políticas para ayudar a las familias que se encuentran en esos centros de detención y ha formulado normas apropiadas para quienes prestan los servicios pertinentes. El personal médico, enfermeros, asesores y funcionarios de protección social inclusive, prestan apoyo y ayuda a los padres en el cuidado de los hijos y en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales. Los organismos públicos de protección del niño proporcionan también a los padres formación apropiada para cuidar de los hijos. Por lo tanto, el Estado Parte niega que no haya protegido a la familia en tanto que institución; ha puesto en práctica leyes, métodos y políticas para proteger y ayudar a las familias, en particular las que se encuentran en centros de detención de inmigrantes.

¹⁰ Caso N° 930/2000, dictamen aprobado el 26 de julio de 2001.

¹¹ C. Tiburcio: "The Human Rights of Aliens under International and Comparative Law", *International Studies in Human Rights*, vol. 65 (Nijhoff, 2001), pág. 20.

¹² Nowak, M.: *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*. (NP Engel, Kehl, 1993), pág. 402.

5.15. Refiriéndose a las alegaciones en relación con el párrafo 1 del artículo 24, el Estado Parte, como cuestión previa, rechaza que esta disposición deba interpretarse de manera similar a la Convención sobre los Derechos del Niño. El Comité ha señalado que no tiene competencia para examinar denuncias de violaciones de otros instrumentos internacionales¹³ y, por lo tanto, debería limitar su examen a las obligaciones que emanan del Pacto. En cualquier caso, es evidente que el párrafo 1 del artículo 24 es diferente a los derechos y obligaciones enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño y que, tal como señaló Nowak, es una obligación general garantizar la protección de todos los niños dentro de la jurisdicción del Estado Parte¹⁴, ya sea mediante la prestación de apoyo a la familia, o a los correspondientes centros privados para niños o mediante otras medidas. La obligación no es total y se extiende únicamente a las medidas de protección que requiere la condición del niño como menor.

5.16. El Estado Parte sostiene que se ha cumplido esta obligación en lo que respecta a los hijos de la familia Bakhtiyari. Remite a la información sobre la calidad de los servicios médicos, educativos y recreativos que resumió en su respuesta a la petición del Comité de que presentara información en cumplimiento del artículo 86 de su reglamento¹⁵. Además, el personal de los centros de detención debe informar a las autoridades locales encargadas de la protección del niño de las situaciones en que consideren que un niño corre riesgo de sufrir daños; a este respecto, por lo que se refiere al centro de Woomera, el 6 de diciembre de 2001 se concertó un acuerdo entre el Departamento y el Departamento de Servicios Humanos de Australia Meridional.

5.17. En los centros de detención de inmigrantes, como en todo el Estado Parte, la vigilancia de los hijos es responsabilidad de los padres, por lo que, aunque se pueden hacer formulaciones generales sobre los servicios y las instalaciones disponibles, normalmente no se mantienen registros de asistencia. No obstante, a raíz de la preocupación motivada por el bienestar de la familia Bakhtiyari, se pusieron en práctica medidas de protección especiales. Un funcionario se encargó específicamente de supervisar la participación de los niños en las actividades educativas y recreativas y trabajó junto con la Sra. Bakhtiyari para animarles a que participasen. Los registros indican que los dos hijos mayores asisten a la escuela con regularidad, utilizan las instalaciones informáticas, juegan al fútbol con frecuencia y asisten a las clases de educación física. Participan en las excursiones en grupo que se realizan a menudo, se divierten viendo la televisión y Muntazar ha enseñado con diligencia a otros niños a montar en bicicleta. Por lo que se refiere a los otros hijos de la familia, las niñas en edad escolar asisten a la escuela y participan en actividades de esparcimiento, entre ellas actividades de costura con su madre.

5.18. Debido a las preocupaciones de que era objeto la familia, el Departamento pidió a las autoridades locales encargadas de la protección del niño (bajo los auspicios del Departamento de Servicios Humanos de Australia Meridional) que realizase una evaluación de la misma en el centro. La familia no cooperó en la evaluación realizada en agosto de 2002, y la Sra. Bakhtiyari no permitió que las autoridades hablasen con sus dos hijos mayores, lo que puso en peligro el

¹³ El Estado Parte se refiere al caso N° 59/1979, *K. L. c. Dinamarca*, decisión adoptada el 26 de marzo de 1980.

¹⁴ Nowak, obra citada, pág. 426.

¹⁵ Véase el párrafo 4.3.

resultado de la evaluación. Un psicólogo independiente llevó a cabo una evaluación durante los días 2 y 3 de septiembre de 2002 y formuló recomendaciones que el Departamento está examinando.

5.19. El Estado Parte sostiene que se ha examinado la cuestión de si los niños deberían permanecer en el centro de detención. En octubre de 2001, cuando la Sra. Bakhtiyari presentó una solicitud al Ministro de conformidad con el artículo 417 de la Ley de migración, se sabía que el Sr. Bakhtiyari estaba en la comunidad. Sin embargo, se disponía también de información que sugería que podía haber incurrido en fraude en la obtención del visado. El Ministro tuvo en cuenta todos estos factores al tomar la decisión de no sustituir la decisión del RRT por otra más favorable. Puesto que en el momento de la comunicación del Estado Parte se estaba examinando la anulación del visado del Sr. Bakhtiyari, hubiera sido improcedente poner a los niños bajo su tutela.

5.20. El Estado Parte observa, para terminar, que se han realizado esfuerzos para trasladar a la Sra. Bakhtiyari y a los niños a centros más confortables. En agosto de 2002 se les propuso el traslado al nuevo centro de Baxter, ya que habían mantenido que el centro de Woomera estaba aislado y era demasiado severo para los niños. En el centro de Baxter existen instalaciones para las familias y una escuela creada a tal efecto en la que se imparte enseñanza de calidad. En el momento de la presentación de las comunicaciones, los interesados se habían negado a trasladarse a pesar de las prolongadas conversaciones mantenidas con el personal y prefirieron quedarse en el centro de Woomera. No obstante, la opción del traslado sigue abierta.

Comentarios de los autores a la exposición del Estado Parte

6.1. Por carta de 31 de marzo de 2003, los autores respondieron a la exposición del Estado Parte, observando que, a partir de ese momento, habiendo denegado el Tribunal Supremo su solicitud, la Sra. Bakhtiyari y sus tres hijos más pequeños no tenían más opciones legales que les permitieran continuar en Australia y permanecerían detenidos hasta su expulsión. El fallo a favor de los dos hijos Almadar y Montazer dictado por el Tribunal de Familia podía tener como resultado su puesta en libertad. La única posibilidad que tenía el Sr. Bakhtiyari de permanecer en el Estado Parte era que el Tribunal Federal aprobara su solicitud de revocar la confirmación por parte del Tribunal de Revisión de Asilo y Refugio de la anulación de su visado.

6.2. En respuesta a la comunicación del Estado Parte, los autores sostienen que la detención del Sr. Bakhtiyari durante nueve meses hasta que se le concedió el visado violaba los párrafos 1 y 4 del artículo 9. El Sr. Bakhtiyari ha renunciado a presentar una exposición sobre su actual detención en espera de la expulsión. En el momento en que presentaron los comentarios, la Sra. Bakhtiyari y sus hijos habían permanecido detenidos durante dos años y cuatro meses, lo que constituía una violación de los párrafos 1 y 4 del artículo 9 y del párrafo 1 del artículo 24. Un recurso de hábeas corpus no sería útil puesto que las detenciones eran, y son, legales con arreglo a la legislación del Estado Parte y, por consiguiente, este recurso estaría condenado al fracaso. En lo que respecta a los niños, la próxima sentencia que dicte el Tribunal de Familia no resta valor a las denuncias de violaciones que han presentado hasta la fecha.

6.3. Los autores subrayan la "condena universal" de que son objeto los intentos del Estado Parte de justificar la detención obligatoria en todas las llegadas no autorizadas¹⁶. No se ha ofrecido ninguna justificación de la prolongada detención de la Sra. Bakhtiyari y sus hijos, y la nacionalidad real o presunta de la familia no es pertinente en este asunto. El caso actual no es materialmente distinto del dictamen del Comité en *A. c. Australia* y *C. c. Australia*¹⁷; si acaso, la detención de varios niños hace que las violaciones sean más graves.

6.4. En la medida en que ahora se ha reunido a la familia en condiciones de detención pretendidamente ilegal, y en que es probable que cualquier expulsión afecte a toda la familia, ya no se mantiene la afirmación de que la expulsión de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos violaría el artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 23.

Exposiciones complementarias de las partes

7.1. El 7 de mayo de 2003 los autores presentaron al Comité una carta de 28 de abril de 2003 del Fiscal del Gobierno de Australia al Presidente del Tribunal de Familia, en la que informaban al tribunal acerca de la evolución del caso. En particular, como la Sra. Bakhtiyari y sus hijos no tenían ningún proceso pendiente, el Ministro se consideraba en la obligación, de conformidad con el párrafo 6 del artículo 198 de la Ley de migración, de expulsarlos tan pronto como fuera "razonablemente factible" y se estaban haciendo gestiones para obtener la documentación necesaria para la expulsión. Dado que el Sr. Bakhtiyari tenía pendientes una solicitud de revisión de la anulación de su visado, que se desestimó posteriormente, y una solicitud de un visado de asilo permanente, en la que no figuraban la Sra. Bakhtiyari ni sus hijos, la obligación de expulsarlo no había surgido todavía y la expulsión no era inminente.

7.2. Los autores consideraban que la expulsión de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos en esas circunstancias representaba una violación de los artículos 7 y 17, del párrafo 1 del artículo 23 y del artículo 24 del Pacto. Como consecuencia, el 8 de mayo de 2003, el Comité, por conducto de su Relator Especial, de conformidad con el artículo 86 de su reglamento, recordó y renovó la demanda formulada al Estado Parte de que no expulsara a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos en espera de una decisión del Comité sobre el caso.

7.3. El 22 de julio de 2003, durante el 78º período de sesiones del Comité, el Estado Parte presentó exposiciones adicionales, informando al Comité de que la Sra. Bakhtiyari y sus tres hijas residían a la sazón en el Complejo de Viviendas de Woomera, adaptado a las necesidades especiales de mujeres y niños. Se alojaban en una de ocho casas estándar del poblado de Woomera, que el Departamento consideraba como otro lugar de reclusión posible. La Sra. Bakhtiyari y sus tres hijas pueden salir de la casa siempre que vayan acompañadas por funcionarios penitenciarios. El Sr. Bakhtiyari y los dos hijos continúan en el Centro de Recepción de Inmigrantes de Baxter. Los hijos han superado la edad límite para ser trasladados al Complejo de Viviendas por razones de "sensibilidad cultural y seguridad". El Sr. Bakhtiyari

¹⁶ Los autores se refieren a un informe de la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades "Those who've come across the seas: Detention of unauthorized arrivals", disponible en Internet en www.hreoc.gov.au/pdf/human_rights/asylum_seekers/h5_2_2.pdf.

¹⁷ Caso N° 900/1999, dictamen aprobado el 28 de octubre de 2002.

está autorizado a visitar a su mujer y sus hijas en el Complejo de Viviendas dos veces a la semana.

7.4. Por carta de 8 de octubre de 2003, los autores respondieron a las exposiciones del Estado Parte, poniendo al día al Comité sobre la historia de las actuaciones en el Tribunal de Familia y el Tribunal Supremo, por lo que respecta a los niños, y en el Tribunal Federal, en lo tocante al Sr. Bakhtiyari. Afirmaron que, si se desestimaba la apelación ante el Tribunal Supremo, los niños volverían a ser recluidos. Señalaron que la Sra. Bakhtiyari sigue recluida, aunque en la actualidad se encuentra en el hospital de Adelaida esperando el nacimiento de un niño. El Sr. Bakhtiyari permaneció en el Centro de Baxter y quedaría separado de su mujer y sus hijos si se produjera la expulsión inminente de éstos.

Deliberaciones del Comité

Examen de la admisibilidad

8.1. Antes de examinar cualquier denuncia formulada en una comunicación, el Comité de Derechos Humanos, de conformidad con el artículo 87 de su reglamento, debe decidir si la comunicación es admisible con arreglo al Protocolo Facultativo del Pacto.

8.2. En cuanto al argumento del Estado Parte de que no se han agotado los recursos de la jurisdicción interna, el Comité se refiere a su práctica de decidir la cuestión del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna, en los casos impugnados, en el momento de examinar la comunicación, sobre todo porque una comunicación respecto de la cual se hubieran agotado los recursos de la jurisdicción interna después de ser presentada podría volverse a presentar inmediatamente al Comité si se declarara inadmisibile por esa razón. Sobre esa base, el Comité observa que las acciones ejercidas por la Sra. Bakhtiyari y sus hijos ante el Tribunal Supremo han concluido entretanto de manera desfavorable para éstos. En cuanto al recurso de hábeas corpus propuesto, el Comité observa, como ha hecho anteriormente, que puesto que la legislación del Estado Parte establece la detención obligatoria para las llegadas ilegales, una solicitud de hábeas corpus sólo probaría si las personas poseen de hecho esa condición (no controvertida), en vez de verificar si la detención individual estaba justificada. Por consiguiente, no se ha demostrado que el recurso propuesto sea efectivo, a efectos del Protocolo Facultativo. En consecuencia, el apartado b) del párrafo 2 del artículo 5 del Protocolo Facultativo no excluye la posibilidad de que el Comité examine la comunicación.

8.3. En cuanto al argumento del Estado Parte de que la expulsión de la Sra. Bakhtiyari y sus hijos es hipotética y, por consiguiente, no existe un "motivo de queja real" a efectos del Protocolo Facultativo, el Comité observa que, aparte de cuál fuera la posición del Estado Parte en el momento en que presentó su exposición, según la información más reciente el Estado Parte se ve en la obligación de expulsar a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos tan pronto como sea "razonablemente factible" y está tomando medidas con tal fin. Por consiguiente, las denuncias basadas en la amenaza de expulsión de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos no son inadmisibles en base a su naturaleza hipotética.

8.4. Por lo que respecta a los argumentos de que, de ser expulsados al Afganistán, la Sra. Bakhtiyari y sus hijos temen ser sometidos a un trato contrario al artículo 7 del Pacto, el Comité observa que, como los autores no han sido expulsados de Australia, la cuestión que se le

plantea al Comité es la de determinar si la implementación de tal expulsión en la actualidad entrañaría un riesgo real de ser sometido a un trato contrario al artículo 7 a consecuencia de la misma. El Comité observa, además, que, en las actuaciones realizadas hasta la fecha, las autoridades del Estado Parte han determinado que, en realidad, los autores no proceden del Afganistán y que, por consiguiente, no corren el riesgo de ser devueltos a ese país por el Estado Parte. Por otra parte, los autores no han demostrado que si regresaran a cualquier otro país, como, por ejemplo, el Pakistán, serían enviados al Afganistán, donde correrían el riesgo de ser tratados de manera contraria al artículo 7. Los autores tampoco han probado que incluso si regresaran al Afganistán, directa o indirectamente, harían frente, como una consecuencia necesaria y previsible, a un trato contrario al artículo 7. Por consiguiente, el Comité estima que la afirmación de que, si el Estado Parte los devuelve en la actualidad, la Sra. Bakhtiyari y sus hijos se enfrentarían a un trato contrario al artículo 7 no se ha fundamentado lo suficiente ante el Comité, a efectos de admisibilidad, y es inadmisibles con arreglo al artículo 2 del Protocolo Facultativo.

8.5. En cuanto a las denuncias de separación de la unidad familiar formuladas en virtud de los artículos 17 y 23, el Comité observa que, pese a que tales denuncias se retiraron suponiendo que una vez que se reuniera al Sr. Bakhtiyari con su familia se tratarían conjuntamente, la información más reciente sugiere que el Estado Parte está realizando gestiones para expulsar a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos, mientras prosiguen las actuaciones judiciales contra el Sr. Bakhtiyari. Por consiguiente, el Comité estima que estas denuncias son todavía pertinentes y considera que tanto ellas como las denuncias restantes están suficientemente fundamentadas, a efectos de admisibilidad.

Examen de la cuestión en cuanto al fondo

9.1. El Comité de Derechos Humanos ha examinado la presente comunicación teniendo en cuenta toda la información que le han facilitado las partes, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 5 del Protocolo Facultativo.

9.2. En cuanto a las denuncias de detención arbitraria, contraria al párrafo 1 del artículo 9, el Comité recuerda su jurisprudencia de que, para evitar que se la califique de arbitraria, la detención no se debe prolongar más allá del período en relación con el cual el Estado Parte pueda aportar una justificación adecuada¹⁸. En el presente caso, el Sr. Bakhtiyari llegó en barco, sin personas a su cargo, con dudas sobre su identidad y afirmando proceder de un Estado que sufría graves desórdenes internos. Habida cuenta de estos factores y del hecho de que se le concedió un visado de asilo y se le puso en libertad dos meses después de que hubiera presentado una solicitud (unos siete meses después de su llegada), el Comité no puede concluir que, pese a que la duración de su primera detención puede haber sido objetable, fuera también arbitraria y constituyera una violación del párrafo 1 del artículo 9. A la luz de esta conclusión, el Comité no necesita examinar la denuncia basada en el párrafo 4 del artículo 9 respecto al Sr. Bakhtiyari. El Comité señala que el segundo período de reclusión del Sr. Bakhtiyari, que continúa desde que fue detenido el 5 de diciembre de 2002 para ser expulsado hasta la fecha, puede suscitar cuestiones análogas a tenor del artículo 9, pero no expresa una nueva opinión al respecto al no haber presentado argumentos ninguna de las partes.

¹⁸ *A. c. Australia y C. c. Australia, op. cit.*

9.3. En cuanto a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos, el Comité observa que la primera ha permanecido detenida por las autoridades de inmigración durante dos años y diez meses y sigue detenida, en tanto que sus hijos permanecieron detenidos por dichas autoridades durante dos años y ocho meses hasta ser puestos en libertad por orden provisional del Tribunal de Familia. Cualquiera que fuese la justificación de la detención inicial a efectos de determinar la identidad y otras cuestiones, en opinión del Comité el Estado Parte no ha demostrado que la detención estuviera justificada durante un período tan prolongado. Teniendo en cuenta, en particular, la composición de la familia Bakhtiyari, el Estado Parte no ha demostrado que no hubiera medios menos drásticos de alcanzar el mismo objetivo, es decir, la aplicación de la política de inmigración del Estado Parte, como son la imposición de la obligación de presentarse a las autoridades competentes, el depósito de fianza u otras condiciones que tuviesen en cuenta las circunstancias particulares de la familia. Como consecuencia, la prolongación de la detención de la Sra. Bakhtiyari y de sus hijos por las autoridades de inmigración durante los períodos arriba mencionados, sin que hubiera una justificación adecuada, fue arbitraria y contraria al párrafo 1 del artículo 9 del Pacto.

9.4. En cuanto a la denuncia basada en el párrafo 4 del artículo 9 en relación a este período de detención, el Comité remite a su examen anterior de la admisibilidad en el presente documento y observa que la revisión judicial disponible para la Sra. Bakhtiyari se limitaría a una evaluación formal de la cuestión de si se trataba de un "extranjero" sin permiso de entrada. El Comité observa que los tribunales nacionales no tenían facultad discrecional de examinar la justificación de su detención en cuanto al fondo. El Comité considera que la imposibilidad de impugnar judicialmente una detención que era o había acabado siendo contraria al párrafo 1 del artículo 9 constituye una violación del párrafo 4 del artículo 9.

9.5. Respecto de los niños, el Comité observa que, hasta que el Pleno del Tribunal de Familia decidió el 19 de junio de 2003 que era competente, en virtud de la legislación sobre protección del niño, para ordenar que fueran puestos en libertad, dichos niños se encontraron en la misma situación que su madre y fueron víctimas de una violación de sus derechos a tenor del párrafo 4 del artículo 9 hasta ese momento y por las mismas razones. El Comité considera que la competencia de un tribunal para ordenar la puesta en libertad de un niño si estima que ello corresponde al interés superior del mismo, cosa que ocurrió posteriormente (aunque fuera con carácter provisional), constituye una revisión suficiente de la justificación sustantiva de la detención a los efectos de cumplir con lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 9 del Pacto. Por consiguiente, por lo que respecta a los niños la violación del párrafo 4 del artículo 9 terminó cuando el Tribunal de Familia decidió que era competente para dictar tales órdenes.

9.6. En cuanto a la denuncia formulada en virtud del artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 23, el Comité observa que separar a un cónyuge y a los hijos que llegan a un Estado de un cónyuge que reside legalmente en el mismo Estado puede plantear cuestiones en virtud de los artículos 17 y 23 del Pacto. En el presente caso, sin embargo, el Estado Parte sostiene que, en el momento en que la Sra. Bakhtiyari presentó su solicitud al Ministro con arreglo al artículo 417 de la Ley de migración, éste ya disponía de información sobre el presunto fraude en el visado del Sr. Bakhtiyari. Dado que no está claro si se señaló a la atención de las autoridades del Estado Parte la existencia de la relación antes de este momento, el Comité no puede considerar arbitrario que el Estado Parte estimara improcedente reunir a la familia en esa fase. No obstante, el Comité observa que en la actualidad el Estado Parte tiene la intención de expulsar a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos tan pronto como sea "razonablemente factible", mientras que por el momento no tiene

planes de hacerlo por lo que respecta al Sr. Bakhtiyari, que tiene pendientes actuaciones judiciales ante instancias nacionales. Teniendo en cuenta las circunstancias específicas del caso, concretamente el número y la edad de los hijos, inclusive un recién nacido, las traumáticas experiencias de la Sra. Bakhtiyari y los niños durante su prolongada detención por las autoridades de inmigración en contravención del artículo 9 del Pacto, las dificultades a que harían frente la Sra. Bakhtiyari y sus hijos si fueran devueltos al Pakistán sin el Sr. Bakhtiyari y la falta de argumentos del Estado Parte que justifiquen la expulsión en estas circunstancias, el Comité concluye que la expulsión de la Sra. Bakhtiyari y sus hijos sin esperar el resultado definitivo de las actuaciones en que es parte el Sr. Bakhtiyari constituiría una injerencia arbitraria en la familia de los autores que violaría el párrafo 1 del artículo 17 y el párrafo 1 del artículo 23 del Pacto.

9.7. Por lo que respecta a la denuncia basada en el artículo 24, el Comité considera que el principio de que en todas las decisiones que afectan al niño su interés superior ha de ser una consideración primordial forma parte integrante del derecho de cada niño a las medidas de protección que requiere, debido a su condición de menor, por parte de su familia, la sociedad y el Estado, según se exige en el párrafo 1 del artículo 24 del Pacto. El Comité observa en este caso que los niños han padecido efectos negativos demostrables, documentados y continuos de la detención de que han sido objeto, en particular los dos hijos mayores, hasta que fueron puestos en libertad el 25 de agosto de 2003, en circunstancias en que la detención era arbitraria y violaba el párrafo 1 del artículo 9 del Pacto. A consecuencia de ello, el Comité considera que las medidas adoptadas por el Estado Parte no estuvieron basadas en el interés superior de los niños hasta que el Pleno del Tribunal de Familia determinó que era competente en materia de protección del niño y, por tanto, pusieron de manifiesto una violación del párrafo 1 del artículo 24 del Pacto, es decir del derecho de los niños a estas medidas de protección que requiere su condición de menores, hasta la fecha mencionada.

10. El Comité de Derechos Humanos, actuando en virtud del párrafo 4 del artículo 5 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, considera que los hechos que se le han expuesto ponen de manifiesto una violación por parte de Australia de los párrafos 1 y 4 del artículo 9 y del párrafo 1 del artículo 24 y una posible violación del párrafo 1 del artículo 17 y del párrafo 1 del artículo 23 del Pacto.

11. De conformidad con el apartado a) del párrafo 3 del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte está obligado a garantizar a los autores de la comunicación un recurso efectivo. En cuanto a la violación de los párrafos 1 y 4 del artículo 9, que continúa hasta la fecha por lo que respecta a la Sra. Bakhtiyari, el Estado Parte deberá ponerla en libertad y pagarle una indemnización adecuada. Por lo que respecta a las violaciones de los artículos 9 y 24 de que fueron víctimas los niños en el pasado y que terminaron con su puesta en libertad el 25 de agosto de 2003, el Estado Parte está obligado a pagar una indemnización adecuada a los niños. El Estado Parte también deberá abstenerse de expulsar a la Sra. Bakhtiyari y a sus hijos mientras el Sr. Bakhtiyari esté involucrado en procedimientos internos, ya que si el Estado Parte adoptara semejante medida cometería una violación del párrafo 1 del artículo 17 y del párrafo 1 del artículo 23 del Pacto.

12. Teniendo presente que por ser Parte en el Protocolo Facultativo el Estado Parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado Parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el

Pacto y a garantizar un recurso efectivo y ejecutorio cuando se compruebe una violación, el Comité desea recibir del Estado Parte, en un plazo de 90 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen. Se pide también al Estado Parte que publique el dictamen del Comité.

[Aprobado en español, francés e inglés, siendo la inglesa la versión original. Posteriormente se publicará también en árabe, chino y ruso como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General.]

**Voto particular del miembro del Comité Sir Nigel Rodley
(parcialmente disidente)**

Por las razones que expuse en mi voto particular en el caso *C. c. Australia* (caso N° 900/1999, dictamen aprobado el 28 de octubre de 2002), estoy de acuerdo con la conclusión del Comité de que ha existido una violación del párrafo 1 del artículo 9, pero no con su conclusión de que se ha violado el párrafo 4 de dicho artículo.

(Firmado): Sir Nigel Rodley

[Aprobado en español, francés e inglés, siendo la inglesa la versión original.
Posteriormente se publicará en árabe, chino y ruso como parte del informe anual del Comité a la Asamblea General.]